

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 10 września 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 11 sierpnia 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Szczeciński Park Naukowo Technologiczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Niemierzyńska 17a, 71-441 Szczecin

dotyczących informacji z dnia 1 sierpnia 2014 r. o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych przekazanej w piśmie znak UZP/DKD/PWKZ/421/21(5)14/AI KND/6/12 w przedmiocie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: „Nadzór autorski nad inwestycją pod nazwą: Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Andrzej Niwicki
Członkowie:	Marzena Ordysińska Anna Packo

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2014 r. do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie w części, w której zamawiający kwestionuje uznanie Go za podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp zastrzeżenia zamawiającego są uzasadnione.

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa nadzoru autorskiego nad inwestycją pod nazwą: Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej” .

Organ kontroli ustalił, iż zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zaproszeniu do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający określił, że nadzór autorski będzie pełniony osobiście przez autorów i twórców dokumentacji projektowej zgodnie z branżami projektowymi występującymi w projekcie przy założeniu ok. 8 wizyt w miesiącu przez 24 miesiące z planowanym terminem zakończenia inwestycji 30 czerwca 2013 r. Zgodnie z umową wykonawca miał sprawować nadzór autorski w zakresie udzielania wyjaśnień dotyczących rozwiązań projektowych – oferentom w trakcie postępowania związanego z wyborem wykonawcy robót budowlanych, kontroli zgodności z projektem w toku robót budowlanych, uzgadniania i oceny zasadności wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie (zgłoszonych przez zamawiającego lub inżyniera kontraktu), udziału w komisjach, naradach technicznych, radach budowy, doradztwa i konsultacji wobec zamawiającego, wyjaśnień udzielanych wykonawcy, udziału w odbiorze inwestycji i czynnościach mających na celu doprowadzenie do osiągnięcia zdolności funkcjonalnej obiektów oraz wykonywania uzupełniających opracowań projektowych, niezbędnych do zapewnienia prawidłowej realizacji inwestycji, a nie objętych umową podstawową.

Kontrolujący w pierwszej kolejności odniósł się do stanowiska zamawiającego, iż nie jest on zamawiającym w rozumieniu ustawy pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Wskazał, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, ma ona zastosowanie do udzielania zamówień publicznych przez inne niż jednostki sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

a/ finansują je w ponad 50% lub

b/ posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

c/ sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

d/ mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Kontrolujący stwierdził, że zamawiający jest spółką posiadającą osobowość prawną powołaną aktem założycielskim w 2000 r., powstałą w wyniku likwidacji samorządowego zakładu budżetowego w trybie art. 22 ust. 1 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. nr 9, poz. 43 ze zm. (obecnie Dz. U. z 2011 r. nr 45, poz. 236)). Z tekstu umowy spółki wynika, że spółka „działa na rzecz tworzenia lokalnego i regionalnego środowiska innowacyjnego nastawionego na rozwój przedsiębiorczości poprzez tworzenie sprzyjającej bazy materialnej, infrastrukturalnej, ekonomicznej i socjalnej do zakładania, rozwoju i wspierania małych przedsiębiorstw innowacyjnych, do przemysłowego wykorzystania wiedzy naukowej, do wykorzystania, transferu i komercjalizacji nowoczesnych technologii”.

Z faktu, iż spółka powstała w wyniku przekształcenia zakładu budżetowego realizującego zadania własne gminy i wstąpiła w prawa i obowiązki związane z działalnością tego zakładu, a także realizuje cytowane cele utworzenia spółki, kontrolujący wywodzi, że spółka Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny została utworzona i wykonuje zadania o charakterze ogólnym, co odpowiada pojęciu utworzenia podmiotu w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym.

Podkreślił także, że ETS (TSUE) pojęcie „potrzeb w interesie ogólnym” interpretuje szeroko, uznając m. in., że nabywanie usług przez zarządzany za pośrednictwem jednostki samorządu terytorialnego podmiot, mających na celu zwiększenie rozwoju działalności przemysłowej bądź handlowej na obszarze działania tego podmiotu, spełnia potrzebę w interesie ogólnym. Potrzeby leżące w interesie ogólnym niemające charakteru przemysłowego albo handlowego utożsamia się z potrzebami, które są zaspokajane w odmienny sposób, niż poprzez oferowanie towarów lub usług na rynku i które zarazem są realizowane samodzielnie przez państwo, bądź na realizację których państwo chce zachować swój decydujący wpływ.

Organ kontroli wskazuje, że działalność spółki związana z tworzeniem lokalnego i regionalnego środowiska innowacyjnego nastawionego na rozwój przedsiębiorczości, nie stanowi zwykłej działalności handlowej ani przemysłowej związanej z funkcjonowaniem konkurujących ze sobą przedsiębiorców nastawionych na osiągnięcie zysku. Podkreśla też, że określenie „niemające charakteru komercyjnego lub przemysłowego” odnosi się do rodzaju potrzeb, jakie mają być zaspokajane, a nie do samej instytucji. Uznaje nadto, że potrzeby zmierzające do wspierania rozwoju przedsiębiorczości, jak i wdrażania rozwiązań mających zwiększyć innowacyjność nie mają charakteru handlowego ani przemysłowego. „O ile bowiem same przedsiębiorstwa mogą prowadzić działalność handlową lub przemysłową, to wspieranie ich rozwoju – czego dotyczy m.in. działalność spółki Szczeciński Park Naukowo-

Technologiczny – nie polega na handlowaniu czymkolwiek (sprzedaż dóbr w celu osiągnięcia zysku), ani na przemysłowym wydobywaniu lub wytwarzaniu czegoś.”

Wskazuje także, iż w umowie spółki zastrzeżono, że wyłącza się z podziału między wspólników wypracowany przez spółkę zysk i przeznaczają w całości na cele działalności statutowej spółki. To postanowienie ma wskazywać, że spółka prowadzi działalności służącą zaspokajaniu celów społecznych (działalność non-profit, niezmiernająca do osiągnięcia zysku) i nie ma w pełni charakteru przemysłowego czy handlowego.

Organ kontroli stwierdził również spełnienie kolejnej przesłanki zakwalifikowania spółki jako zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 b ustawy pzp wskazując, że wspólnikiem posiadającym całość udziałów spółki jest Miasto Szczecin – jednostka sektora finansów publicznych.

Dodatkowo kontrolujący wskazał, że zamówienie na realizację inwestycji, której nadzór autorski jest przedmiotem kontroli było udzielone na podstawie przepisów ustawy pzp, a z uwagi na wartość oraz współfinansowanie ze środków Unii Europejskiej, objęto obligatoryjną kontrolą uprzednią (KU/82/11).

Odnosząc się do zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp, Prezes UZP wskazał, że w zaproszeniu do negocjacji w tym trybie określono przedmiot zamówienia jako „wykonywanie przez Wykonawcę usług nadzoru autorskiego w zakresie wynikającym z ustawy z dnia 5.07.1994 r. Prawo budowlane w związku z realizacją inwestycją przez Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. inwestycji pod nazwą: „Budowa i Wyposażenie I etapu Pomerania Technopark w Szczecinie przy ul. Niemierzyńskiej” .

W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zamawiający stwierdził, że ze względu na ochronę praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów tj. Prawa autorskiego, nadzór autorski nad wykonawstwem robót winni wykonywać autorzy dokumentacji projektowej.

Kontrolujący podnosi, że zamawiający nie wskazał dodatkowych argumentów i uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki powołując jedynie art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp w związku z ustawą Prawo autorskie.

Prezes UZP zauważa, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego konkurencyjnego trybu nie jest możliwe. Wskazuje, że przepisy zezwalające na odstąpienie od trybu podstawowego muszą być interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Kontrolujący stwierdził, że wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp przesłanka uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki od zaistnienia okoliczności, w których wykonanie zamówienia jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę

z uwagi na przysługujące mu prawa wyłączne. Przepis zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie na mocy norm ustawowych. Ponadto przedmiotowa przesłanka nie może być uznana za spełnioną w przypadku, gdy wykonawca, któremu służą prawa wyłączne zleca wykonanie przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu, bowiem nie jest wtedy jedynym podmiotem zdolnym do realizacji zleczonych usług z uwagi na przysługujące mu prawo wyłączne. W ocenie Prezesa UZP zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp w odniesieniu do kontrolowanego przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do powołanej przez zamawiającego w przedmiocie zamówienia ustawy Prawo budowlane kontrolujący wskazał, że pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe. To czy w danym przypadku projektant będzie zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego zależy od decyzji samego inwestora. Zatem okoliczność, iż projektant będzie mógł być zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego jest już znana na etapie przyjęcia samego zamówienia na prace projektowe, niezależnie od tego, czy rzeczywiście będzie taki nadzór wykonywał i niezależnie, czy żądanie sprawowania takiego nadzoru będzie wynikało z własnej decyzji inwestora, czy decyzji właściwego organu. Powyższe stanowi istotną okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty (kalkulację wynagrodzenia projektanta). Z tych względów już na etapie zamówienia na prace projektowe zamawiający ma obowiązek na podstawie art. 7 i art. 29 ustawy pzp określić zasady i warunki sprawowania nadzoru autorskiego.

Jak stwierdził organ kontroli pełnienie nadzoru autorskiego nie stanowi odrębnego i niezależnego przedmiotu zamówienia od samego zamówienia na prace projektowe. „O ile zatem kwestia sposobu pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia za jego sprawowanie w obrocie powszechnym może być przedmiotem swobodnych ustaleń stron w każdym czasie, o tyle w przypadku zamówień publicznych zasady pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia winny być określone już na etapie udzielenia zamówienia na prace projektowe.

Kontrolujący stwierdził, że wartość świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego winna być uwzględniona w wartości szacunkowej zamówienia na prace projektowe, co wywodzi z art. 32 ustawy pzp. Są to świadczenia stanowiące obok samych kosztów prac projektowych, element wynagrodzenia. Także w opisie przedmiotu zamówienia należy określić zasady i warunki wykonywania czynności pełnienia nadzoru autorskiego w sposób umożliwiający wykonawcom należyłą kalkulację ceny ofertowej. Ponadto wybór projektanta powołanego do pełnienia nadzoru autorskiego, jako że jest związany z równoczesnym

wyborem autora dokumentacji projektowej, następuje w drodze otwartych i konkurencyjnych postępowań, w ramach których zamawiane są usługi projektowe.

W ocenie organu kontroli pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp. „W takim przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe. Powodem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy nie mogą być inne okoliczności np. brak pełnego opisu pierwotnego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, mimo że nadzór autorski nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego powinien w pewnych okolicznościach być sprawowany przez projektanta, nie są spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Kontrolujący zauważa, iż na podstawie § 6 pkt 10 umowy z 17 grudnia 2008 r. na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo – kosztorysowej zamawiający zobowiązał wykonawcę projektu do uczestniczenia w odbiorach częściowych i końcowych w czasie realizacji inwestycji, niezależnie od sprawowania nadzoru autorskiego. Zapis ten pozwala na wniosek, iż już na etapie udzielania zamówienia na prace projektowe, zamiarem zamawiającego było powierzenie usług nadzoru autorskiego wykonawcy dokumentacji projektowej, a także, że zamawiający chciał udzielić takiego zamówienia w terminie późniejszym. Przy tym zakres czynności w § 3 pkt 7 umowy o sprawowanie nadzoru autorskiego zawiera jest tożsamy z § 6 pkt 10 umowy z 17 grudnia 2008 r.

Prezes UZP zauważając, że nadzór autorski w rozumieniu Prawa budowlanego będący przedmiotem zamówienia wynikający z autorstwa projektu budowlanego ma również związek z autorskimi prawami osobistymi projektantów – autorów dokumentacji projektowej, w szczególności w zakresie ochrony nienaruszalności treści i formy utworu (art. 16 pkt 3 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych), wskazuje, że autorskie prawa osobiste chronią intelektualny związek twórcy z jego dziełem, chronią ideę utworu i mają przeciwdziałać, aby nikt go nie wypaczał i korzystał z utworu zgodnie z zamysłem twórcy. Ustawa przewiduje sposób ich ochrony (m. in. w art. 78). Z prawa do integralności utworu wynika, że nabywca autorskich praw majątkowych nie może bez zgody twórcy czynić zmian w utworze, za wyjątkiem zmian oczywiście koniecznych, którym twórca nie miałby słusznej podstawy się przeciwstawić, a które są niezbędne do umówionego korzystania z utworu. Jednocześnie jednak sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosownie do art. 60 ust. 5 prawa autorskiego/.../ regulują odrębne przepisy tj. ustawa Prawo budowlane, które choć nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych

uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski, stosownie do art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy. Wskazuje to, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę nie będącą autorem projektu, przy niezmienności autora. Kontrolujący podkreśla, iż zakazu przenoszenia osobistych praw autorskich do projektów nie należy mylić z upoważnieniem innych osób (projektantów) do wykonywania tych praw, co znajduje podstawę w Prawie budowlanym. Na potrzeby realizacji nadzoru autorskiego dopuszczono zatem do rozdziału między autorem (twórcą) projektu, a osobą wykonującą przysługujące twórcy z mocy ustawy, osobiste prawo autorskie do sprawowania nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (np. wyrok KIO z 7 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1103/11).

Kontrolujący wskazuje także, iż nadzór autorski wykonywany zgodnie z Prawem budowlanym przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu, sprowadza się jedynie do czynności wskazanych w art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, zaś w sytuacji, gdy sprawuje go twórca projektu, ma on jednocześnie uprawnienia wynikające z autorskich praw; osobistych. Stwierdzono, że ustawodawca dokonał więc wyraźnego podziału uprawnień związanych ze sprawowaniem nadzoru autorskiego w sferze prawa publicznego i prywatnego.

Jednocześnie wskazano, że zgodnie z § 15 umowy z grudnia 2008 r. projektant przeniósł na zamawiającego autorskie prawa majątkowe oraz własność utworu, w tym prawo wykonywania zależnego prawa autorskiego. Ponadto w postanowieniach końcowych ww umowy projektant wyraził zgodę na dokonywanie w projekcie zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, zastosowania materiałów, ograniczenia wydatków, zmiany obowiązujących przepisów itd. Zwielokrotnienie projektu poprzez odbitki ksero oraz udostępnienie projektu osobom trzecim w celu wykonywania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu. (podkr. Prezes UZP).

Z powyższego wynika, że zamawiający dysponował prawami autorskimi do dokumentacji projektowej służącej realizacji inwestycji.

Kontrolujący wskazał na wyrok SO w Poznaniu z 15 grudnia 2011 sygn. akt X Ga 509/11, w którym Sąd uznał, że w pełni dopuszczalne i zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym jest udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie przetargu nieograniczonego w sytuacji, gdy zamawiający posiadał autorskie prawa majątkowe do utworu oraz prawo do wykonywania utworów zależnych. Sąd nie podzielił stanowiska, iż osobiste prawa autorskie jako niepodlegające zbyciu lub zrzeczeniu się implikują sprawowanie nadzoru autorskiego jedynie przez twórcę dokumentacji projektowej. Jeśli autor dokumentacji projektowej zgadza się na dokonywanie zmian w utworze w zależności od potrzeb zmian rozwiązań projektowych, to nie można uznać za nieuprawnioną ingerencję w

treść dokumentacji projektowej innego wykonawcy wybranego w drodze przetargu nieograniczonego. Autor dokumentacji projektowej zgadzając się na dokonywanie zmian w projekcie oraz udostępnianie go osobom trzecim celem wykonywania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu, wyraża tym samym zgodę na wykonywanie nadzoru autorskiego nie osobiście lecz przez osoby trzecie, zachowując jednocześnie osobiste prawa autorskie do utworu.

W świetle powyższego organ kontroli stwierdził, że zamawiający podejmując decyzję o ustanowieniu nadzoru autorskiego w celu nadzorowania zgodności realizacji z projektem oraz rozwiązywaniu bieżących problemów projektowych podczas wykonywania inwestycji miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie przetargu nieograniczonego, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, co mogło skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej. Wobec tego konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie była determinowana przez istnienie praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów i nie wykazano spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp, a zamawiający tym samym naruszył art. 10 oraz 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli.

Wskazał na zarzuty UZP co do niespełnienia przesłanek formalno prawnych określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp uprawniających do zastosowania zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz uznania przez organ kontroli, że spółka zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp ma obowiązek stosowania przepisów tego aktu prawnego.

Zamawiający wskazał na treść przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp oraz definicję podmiotu publicznego zawartą w Dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, która stanowi, iż podmiotem prawa publicznego jest podmiot:

- 1/ ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2/ posiadający osobowość prawną oraz
- 3/ finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.



Zamawiający stwierdził, że jest spółką prawa handlowego, której jedynym udziałowcem jest Gmina Miasto Szczecin; spółka nie korzysta ze środków publicznych i nie dysponuje nimi, a z uwagi na art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, iż przepisy tej ustawy stosuje się do innych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami, jest wyłączona z sektora finansów publicznych. Również z racji statusu spółki prawa handlowego nie należy do sektora finansów publicznych.

Zamawiający stwierdza, że spółka została powołana w celu świadczenia usług o charakterze typowo komercyjnym, jak i przemysłowym i nastawiona jest jedynie na zysk, tym samym nie może być uznana za podmiot prawa publicznego. Wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem ETS podmiot, którego podstawowym celem jest osiąganie zysku nie może być uznany za instytucję prawa publicznego (np. orzeczenie z 22 maja 2003 r. sprawa C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy i Rakennuttajatomisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy*, Gdzie stwierdzono: „Spółka akcyjna należąca do jednostki samorządu terytorialnego i przez nią zarządzana, odpowiada potrzebom interesu ogólnego, o którym mowa w art. 1 b akapit drugi dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, gdy nabywa usługi w celu promowania rozwoju działalności przemysłowej i handlowej na terytorium omawianej jednostki terytorialnej. W celu określenia, czy ta potrzeba pozbawiona jest charakteru przemysłowego lub handlowego, do sądu krajowego należy ocena okoliczności, które przeważały w momencie utworzenia spółki i warunki, na jakich prowadzi ona swoją działalność, rozumiejąc przez to zwłaszcza brak dążenia do celu zarobkowego, jako działalności tytułem głównym, brak podejmowania ryzyka związanego z tą działalnością, jak również ewentualne finansowanie ze środków publicznych omawianej działalności”.

Zamawiający wskazuje także, że podlega rygorom kodeksu spółek handlowych i ustawy o rachunkowości i realizuje różnorakie zadania określone w umowie spółki jako przedmiot działania. Prowadzi pełną działalność gospodarczą i przemysłową, świadczy usługi o charakterze komercyjnym, realizuje szereg projektów finansowanych z Unii Europejskiej.

Stwierdza, że nie jest następcą prawną zlikwidowanego Zakładu Budżetowego Centrum Przedsiębiorczości, lecz został wyposażony w pozostałe po likwidacji tego podmiotu składniki majątkowe. Spółce nie zlecono także do wykonania żadnych zadań własnych gminy określonych w odrębnych przepisach. Gmina Miasto Szczecin w zamian za przekazanie składników majątkowych otrzymała od spółki udziały, co wskazuje na ekwiwalentność transakcji.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp przez jego zastosowanie mimo braku przesłanek zamawiający wskazał, że w trybie przetargu nieograniczonego wyłonił wykonawcę wszystkich projektów dotyczących budowy budynków spółki przy ul. Niemierzyńskiej 17a. Wykonane projekty stanowią utwór prawa autorskiego w rozumieniu ustawy Prawo autorskie, a zgodnie z art. 16 ust. 5 ustawy, autorskie prawa osobiste obejmują między innymi prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Zamawiający w zgodzie z przepisami dołożył staranności, by nadzór nad realizacją inwestycji był sprawowany w sposób należyty. Zlecenie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki zapewniło najwyższy poziom tego nadzoru sprawowanego przez autorów projektu. Prowadzone negocjacje pozwoliły uzyskać korzystną dla spółki cenę.

Zamawiający stwierdził, że obowiązujące przepisy wskazują bez żadnych wątpliwości, że sprawowanie nadzoru autorskiego jest wyłącznym osobistym prawem autorskim projektantów. Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych do projektu obejmuje projekt konkretnego obiektu, budynku, charakterystyczne jest zaś to, że projekt przeznacza się dla jednego konkretnego obiektu, budynku. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 18 ust. 3 prawa budowlanego inwestor decyduje o ustanowieniu tego nadzoru, a autor projektu nie może się od tego uchylić, gdyż narazi się na karę z tytułu odpowiedzialności zawodowej, jako że wykonywanie nadzoru jest ustawowym obowiązkiem projektanta. Natomiast zlecenie przez inwestora nadzoru innemu projektantowi bez wiedzy i zgody autora, stanowi nadzór prac, a nie nadzór autorski.

Zamawiający zauważa, że powołany przepis art. 67 ustawy pzp pozwala na udzielenie zamówienia publicznego na podstawie zawartej w nim przesłanki wtedy, gdy prawo do wykonania danego przedmiotu służy tylko jednemu podmiotowi, a wyłączność tego podmiotu na wykonanie zamówienia chroniona jest przepisami prawa. Zamawiający powinien wykazać, że istnieją (jak w niniejszej sprawie) prawa wyłączne chronione prawo do wykonania określonych czynności oraz, że wykonanie zamówienia przez inny podmiot jest niemożliwe. Zamawiający wskazał na nierozzerwalną więź między autorem a jego dziełem w przeciwieństwie do nadzoru inwestycyjnego, który może sprawować każdy podmiot dysponujący odpowiednimi uprawnieniami.

Zamawiający zauważa też, że nadzór autorski to nie tylko czynności kontrolne, bowiem każdy wpis projektanta w dzienniku budowy, poza uwagami merytorycznymi, wnosi również element kontynuacji twórczej dzieła. W trakcie wykonywania nadzoru autorskiego projektant wielokrotnie uzupełnia projekt i wzbogaca go o nowe elementy.

Zamawiający wskazuje także na istotny fakt odpowiedzialności za błędy projektowe. W przypadku rozdzielania funkcji autora projektu i nadzoru autorskiego niedookreślony jest podmiot odpowiedzialny. Zdaniem zamawiającego konstrukcja rozdzielania podmiotowego

autora dokumentacji od osoby pełniącej nadzór autorski wypacza sens i istotę prawa do pełnienia nadzoru autorskiego oraz odpowiedzialności autora za skutki nienależytego wykonania dzieła z jednoczesnym osłabieniem pozycji inwestora w razie ewentualnego dochodzenia roszczeń wobec autora.

Zamawiający wskazuje także, że prowadzenie przez autorów projektu nadzoru autorskiego jest wydatkiem w całości pokrywanym ze środków własnych.

W konsekwencji zamawiający stwierdza, że jako spółka prawa handlowego stosująca w swojej działalności zasady gospodarki rynkowej nie pełni funkcji podmiotu wykonującego wyłącznie zadania własne gminy i nie ma obowiązku stosować prawa zamówień publicznych.

Prezes UZP nie uwzględnił zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń.

Odnosząc się do zarzutów zamawiającego zauważył, nie podnosił, aby zamawiający był jednostką sektora finansów publicznych, lecz na podstawie treści aktu założycielskiego spółki uznał Szczeciński Park Naukowo – Technologiczny sp. z o.o. za zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 b ustawy pzp. Jest zatem osobą prawną spoza sektora finansów publicznych utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jednostka sektora finansów publicznych posiada ponad połowę udziałów.

Organ kontroli zauważa, że przywołane przez zamawiającego orzeczenie ETS z 22 maja 2003 r. wskazuje, że „w celu określeniu, czy ta potrzeba pozbawiona jest charakteru przemysłowego lub handlowego, do sądu krajowego należy ocena okoliczności, które przeważały w momencie utworzenia spółki i warunki, na jakich prowadzi ona swoją działalność, rozumiejąc przez to zwłaszcza brak dążenia do celu zarobkowego, jako działalności tytułem głównym, brak podejmowania ryzyka związanego z tą działalnością, jak również ewentualne finansowanie ze środków publicznych omawianej działalności.”

Prezes Urzędu dokonał analizy dokumentacji w zakresie ustalenia celu utworzenia spółki i stwierdził, że została ona utworzona w trybie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, co oznacza że powstała w wyniku przekształcenia zakładu budżetowego i wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością tego zakładu, a także realizuje cele utworzenia spółki ujęte w § 7 (pierwotnie § 6) w zdaniu pierwszym aktu założycielskiego tj. zadania o charakterze ogólnym. Prezes UZP wyjaśnił, że użyty w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp termin „potrzeb o charakterze powszechnym” podlega ocenie na gruncie prawa wspólnotowego. W orzecznictwie TSUE przyjęło się, że z potrzebami w interesie ogólnym mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn

związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ, których zaspokojenie jest ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym (wyrok TSUE z 10 listopada 1998 r. w sprawie C – 360/96 oraz wyrok z 15 stycznia 1998 r. C -44/96). Zatem przez zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu.

Jednocześnie wskazano na fakt, iż w akcie założycielskim spółki w § 23 wskazano, iż zysk spółki wyłącza się od podziału. Podobnie w § 31 umowy spółki zastrzeżono, że wyłącza się z podziału między wspólników zysk i przeznaczają się go w całości na cele związane z działalnością statutową spółki. Wyłączenie uprawnienia do podziału zysku także wskazuje, iż spółka prowadzi działalność służącą zaspokajaniu celów społecznych i niezmierną do osiągnięcia zysku. Dobrowolne ograniczenie się w uzyskiwaniu korzyści z zysków osiągniętych przez spółkę pozwala na stwierdzenie, że działalność tej spółki nie ma w pełni charakteru przemysłowego czy handlowego.

Organ kontroli nie ma wątpliwości że zamawiający jest podmiotowo zobowiązany stosować przepisów ustawy pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług i robót budowlanych. Kontrolujący zauważa jednocześnie, że zamawiający udzielał zamówień w oparciu o przepisy ustawy pzp zamieszczając ogłoszenia w BZP, jak i DU UE, co wskazuje na świadomość, iż zamawiający obowiązany jest stosować ustawę.

Prezes Urzędu nie podziela stanowiska zamawiającego, który wskazał w zastrzeżeniach, że w związku z tym, że zgodnie z art. 16 pkt 6 ustawy o prawie autorskim autorskie prawa osobiste obejmują m. in. prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu, nie powinno być „wątpliwości, że sprawowanie nadzoru autorskiego jest wyłącznym osobistym prawem autorskim projektantów.”

Kontrolujący zauważa, że niezależnie od sposobu zadysponowania majątkowymi prawami autorskimi, autorskie prawa osobiste pozostają przy twórcy, który zawsze może z nich korzystać. Stwierdza dalej, że wskazany przepis nie wymaga, aby nadzór autorski wykonywał autor projektu. Sprawowanie nadzoru nad sposobem korzystania z utworu jest prawem osobistym autora i mieści się w nim wykonywanie nadzoru autorskiego, jednakże ustawa w art. 60 ust. 5 nakazuje do sprawowania nadzoru autorskiego na utworami architektonicznymi stosować odpowiednie przepisy, czyli ustawę Prawo budowlane. Z tego można wnioskować, że nie zawsze autor projektu musi sprawować nadzór autorski.

Prezes UZP stwierdza, że zakazu przenoszenia osobistych praw autorskich do projektów nie należy mylić z upoważnianiem innych osób (projektantów) do wykonywania tych praw, co

znajduje podstawę formalną w ustawie Prawo budowlane. Możliwy jest rozdział między autorem projektu a osobą wykonującą przysługujące twórcy z mocy ustawy, osobiste prawo autorskie do sprawowania nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Wskazano na § 15 umowy z 17 grudnia 2008 r. o wykonanie dokumentacji projektowej, gdzie projektant wyraził zgodę na dokonywanie w projekcie zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych /.../ udostępnienie projektu osobom trzecim w celu wykonywania przez nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu. Tym samym autor projektu wyraził zgodę na wykonywanie nadzoru autorskiego nie osobiście lecz przez osoby trzecie, zachowując jednocześnie osobiste prawa autorskie do utworu. Przypomniano, że Prawo budowlane ustanawia funkcję projektanta, którego jednym z obowiązków jest sprawowanie nadzoru autorskiego. Z uwagi na zakres obowiązków związanych z nadzorem autorskim (art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego) zauważono, że ustawa ta ogranicza nadzór autorski do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, w zakresie zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Z powyższego wynika, iż inwestor może również powierzyć nadzór innemu projektantowi, co w niniejszej sprawie projektant uczynił w § 15 powołanej umowy.

Prezes UZP podkreśla, że nadzór autorski będący przedmiotem zamówienia wykonywany przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu sprowadza się jedynie do wykonywania czynności, o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego. Jednocześnie wskazano, że za błędy projektowe opowiada projektant (autor) dokumentacji, natomiast za skutki nienależytego dzieła może ponosić odpowiedzialność projektant wykonujący nadzór w zakresie dokonywania w projekcie zmian, a przed wszystkim wykonawca w zakresie realizacji projektu pierwotnego czy zamiennego. Za niemające znaczenia w sprawie uznano wskazanie przez zamawiającego brak współfinansowania zamówienia przez UE.

Prezes UZP wobec podtrzymania stanowiska wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli złożone przez zamawiającego zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska

Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie w części.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga kwestia, czy Szczeciński Park Naukowo - Technologiczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niesporne jest, że spółka nie jest jednostką sektora finansów publicznych, lecz jednoosobową spółką kapitałową prawa handlowego utworzoną przez jednostkę samorządu terytorialnego – Gminę Miasto Szczecin (miasto na prawach powiatu). Zatem biorąc pod uwagę sposób utworzenia i strukturę udziałów, jest to podmiot, w którym jednostka sektora finansów publicznych (Gmina) posiada ponad połowę udziałów, w tym wypadku 100% udziałów, co oznacza spełnienie przesłanki określonej w pkt b) artykułu 3 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Można przy tym zauważyć, że spółka powstała w oparciu o majątek założyciela w wyniku likwidacji zakładu budżetowego – Szczecińskie Centrum Przedsiębiorczości; a założyciel – Gmina Miasto Szczecin, objął w zamian za wniesione wkłady udziały w spółce, nie zaś otrzymał te udziały od spółki w wyniku ekwiwalentnej transakcji, jak to sformułowano w zastrzeżeniach.

Znacząca w sprawie jest ocena, czy spółka została utworzona „w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego” (cyt. za art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.). Wskazany w zdaniu poprzedzającym przepis ustawy stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego instytucji „podmiotu prawa publicznego” określonego w art. 1 ust. 9 Dyrektywy 2004/18/WE i art. 2 ust. 1 Dyrektywy 2004/17/WE, gdzie użyto określenia „potrzeb w interesie ogólnym”, które należy uznać za odpowiednik określenia z polskiej ustawy „potrzeb o charakterze powszechnym”.

Należy zauważyć, że niezależnie od formy organizacyjno-prawnej określony podmiot utworzony w sposób wskazany w przepisie, objęty jest reżimem systemu zamówień publicznych, jeżeli zaspokaja potrzeby charakterze powszechnym (działa w interesie ogólnym).

Z tekstu umowy spółki składającej zastrzeżenia wynika, że spółka „działa na rzecz tworzenia lokalnego i regionalnego środowiska innowacyjnego nastawionego na rozwój przedsiębiorczości poprzez tworzenie sprzyjającej bazy materialnej, infrastrukturalnej, ekonomicznej i socjalnej do zakładania, rozwoju i wspierania małych przedsiębiorstw innowacyjnych, do przemysłowego wykorzystania wiedzy naukowej, do wykorzystania, transferu i komercjalizacji nowoczesnych technologii”. W ocenie składu Izby opiniującego zastrzeżenia uznać należy, że spółka Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny została

utworzona i wykonuje zadania o charakterze ogólnym, co odpowiada pojęciu utworzenia podmiotu w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Należy przy tym zauważyć, że użytego w przepisie słowa „powszechny” nie można interpretować w znaczeniu „dostępny dla wszystkich”, a raczej w znaczeniu „dostępny dla wielu”, czy też dla spełniających określone warunki określone przepisami (tak Sąd Okręgowy w Olsztynie w postanowieniu z 30 maja 2005 r., IX Ca 196/05 – niepubl.). Krajowa Izba Odwoławcza uznaje za prawidłowe ustalenie dokonane przez kontrolującego, że działalność spółki związana z tworzeniem lokalnego i regionalnego środowiska innowacyjnego nastawionego na rozwój przedsiębiorczości, nie stanowi zwykłej działalności handlowej ani przemysłowej związanej z funkcjonowaniem konkurujących ze sobą przedsiębiorców nastawionych na osiągnięcie zysku. Potrzeby zmierzające do wspierania rozwoju przedsiębiorczości, jak i wdrażania rozwiązań mających zwiększyć innowacyjność nie mają przede wszystkim charakteru handlowego ani przemysłowego, nawet jeżeli są one zaspokajanie odpłatnie.

Dla powyższej oceny nie bez znaczenia jest fakt wyłączenia z podziału przez wspólnika wypracowanego przez spółkę zysku z przeznaczeniem w całości na cele działalności statutowej spółki. To postanowienie ma wskazywać, że spółka prowadzi działalności służącą zaspokajaniu celów społecznych (działalność non-profit, niezmierną do osiągnięcia zysku) i nie ma w pełni charakteru przemysłowego czy handlowego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie nawet przedsiębiorca zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, np. działający w formie spółki prawa handlowego, prowadzący rachunkowość na zasadach komercyjnych, może być uznany za nieposiadającego charakteru przemysłowego lub handlowego. Ta ostatnia przesłanka jest spełniona, gdy działalność handlowa lub przemysłowa jest determinowana przez inne, zwłaszcza publiczne cele (por. Prawo zamówień publicznych, komentarz, G. Wicik, P. Wiśniewski, W-wa 2007, s. 61). Należy także zauważyć, że pojęcie usług o charakterze powszechnym nie jest tożsame z wykonywaniem zadań o charakterze użyteczności publicznej, jest bowiem pojęciem szerszym, w którym te ostatnie opisane są np. w ustawie o gospodarce komunalnej i ustawie o samorządzie gminnym. Ich specyfika polega co do zasady na szczególnym sposobie zaspokajania potrzeb powszechnych – poprzez bieżące i nieprzerwane świadczenie usług na rzecz ludności.

Ponadto skład Izby zauważa, że Szczeciński Park Naukowo Technologiczny sp. z o.o. w Szczecinie występował jako podmiot o statusie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. alt KIO 1338/14, KIO 1377/14), co dodatkowo potwierdza poprawność niniejszej oceny. W świetle powyższego skład opiniujący Izby stwierdza, że zaistniały przesłanki zakwalifikowania spółki jako zamawiającego w

rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 b ustawy pzp, a tym samym zastrzeżenia zamawiającego w tym zakresie uznaje za nieuzasadnione.

W zakresie zastrzeżeń zamawiającego dotyczące legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki Izba uznaje zastrzeżenia za zasadne.

Zrozumiałe jest, że przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadą z art. 7 ust. 1 ustawy pzp z zastosowaniem trybu konkurencyjnego w świetle art. 10 ust. 1 ustawy nie wymaga zaistnienia dodatkowych przesłanek.

Zamawiający może jednak odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz innego trybu w przypadkach w ustawie określonych, stosownie do art. 10 ust. 2 ustawy pzp.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp wskazuje się na możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieje okoliczność wskazana w dyspozycji tego przepisu.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Zatem przepis zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy jego przedmiot służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie z mocy norm ustawowych.

W ocenie Izby nieprzekonująca jest interpretacją przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b Pzp, zgodnie z którą istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa nie może wynikać z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale Izby z 6 lipca 2012 r. KIO/KD 57/12 oraz w uchwale z dnia 30 marca 2012 r. KIO/KD 31/12, gdzie zostało stwierdzone, że: *„W ocenie Izby wzmiankowany przepis jest na tyle czytelny i zrozumiały, że jego interpretacja powinna podlegać regułom wykładni językowej (gramatycznej). Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 czerwca 2000 roku (I KZP 16/00) „Truizmem jest stwierdzenie, że pierwszoplanową metodą wykładni tekstu prawnego jest metoda językową. Zawsze punktem wyjścia w procesie wykładni powinna być analiza kontekstu językowego danego przepisu; jeżeli przepis jednoznacznie formułuje normę postępowania, to tak należy ów przepis rozumieć. Pierwszeństwo językowych reguł wykładni jest wręcz podstawowym warunkiem funkcjonowania prawa w państwie prawnym. (...) Jeśli wbrew jasnemu pod względem językowym sformułowaniu przepisu nadawałoby mu się jakieś inne znaczenie, aniżeli to oczywiste znaczenie językowe, wówczas rola ustawodawcy byłaby li tylko pozorna”.* Izba uznała zatem, że uzależnianie zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy od zaistnienia innych jeszcze przesłanek niż wskazane w omawianym przepisie jest nieuzasadnione. Stanowisko Izby nie oznacza jednakże, że zamawiającym pozostawiona jest zupełna



*swoboda, jeśli chodzi o kreowanie okoliczności pozwalających im na zastosowanie trybu niekonkurencyjnego. Izba dostrzega zagrożenia wynikające z możliwości świadomych i celowych działań zamawiających, zmierzających do spowodowania sytuacji, w których udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwe wyłącznie przy zastosowaniu jednego z trybów wskazanych w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stoi jednakże na stanowisku, że każdy taki przypadek winien być oceniany osobno, w zależności od okoliczności sprawy.*

*W ocenie Izby nieuprawnionym jest generalne stwierdzenie, iż każdy przypadek, w którym zamawiający przyczynił się do zaistnienia sytuacji, w której brak jest możliwości udzielenia zamówienia w trybie przetargowym obciąża zamawiającego. Dlatego przy badaniu, czy w danym przypadku istotnie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, należy rozważyć, czy działanie zamawiającego nie wypełnia dyspozycji art. 58 § 1 K.c., tzn. czy nie zostało przedsięwzięte w celu obejścia prawa. Obejście prawa polegałoby w tym przypadku na wywołaniu skutku prawnego, w którym dopuszczalne byłoby zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, za pomocą świadomego ukształtowania tej czynności tak, że zewnątrz, formalnie będzie ona miała cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu. Wszelkie działania i czynności zamawiającego oraz ich bezpośrednie skutki, zmierzające do obejścia przepisów ustawy, w szczególności normy art. 10 ust. 1 przez celowe kreowanie sytuacji, w których przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania, np. możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, należy uznać za niedopuszczalne, a korzystanie w takim przypadku z wynikających z przepisów szczególnych uprawnień w tym zakresie nie może być uznane za dozwolone wykonywanie prawa”.*

W rozpoznawanej sprawie możliwość udzielenia zamówienia wyłącznie autorowi projektu wynikała zarówno z postanowień umowy o wykonanie dokumentacji projektowej, jak i przepisów prawa ustanawiających prawa autorskie jako wyłączne.

Niewątpliwym jest, że projekt budowlany (projekt architektoniczny), stanowi przedmiot praw autorskich jako jeden z przejawów działalności twórczej o indywidualnym charakterze, utrwalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. W art. 1 ust. 2 pkt 6 Prawa autorskiego wskazano, że przedmiotem praw autorskich jest również utwór architektoniczny, architektoniczno-urbanistyczny i urbanistyczny. W związku z tym w ujęciu Prawa autorskiego utwór architektoniczny podlega ochronie ze względu na zawarte w nim elementy twórcze ustalone w postaci projektu architektonicznego. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Prawa autorskiego z tytułu wykonanego projektu budowlanego projektantowi (autorowi) przysługują, poza prawami autorskim majątkowymi, także prawa autorskie osobiste, mające charakter niezbywalnych i nieograniczonych w

czasie. W szczególności wśród praw osobistych znajduje się prawo do autorstwa, prawo do integralności utworu oraz prawo do nadzoru autorskiego.

Jednocześnie istotne dla omawianej sprawy jest dokonania wykładni przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane ( Dz.U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm., dalej „prawo budowlane”) odnoszących się do sprawowania nadzoru autorskiego. W tym zakresie za pomocną i zasadną Izba uznała argumentację wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 222/12, w którym zauważono, że: *„Art. 20 ust. 1 prawa budowlanego wskazuje na zakres obowiązków projektanta (na mocy art. 17 prawa budowlanego uczestnika procesu budowlanego ) wymieniając m.in. opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227, ze zm.) lub w pozwoleniu, o którym mowa w art. 23 i 23a ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1502, ze zm.), wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego). Powyższe wskazuje, iż za merytoryczną treść projektu budowlanego odpowiada imiennie projektant, jako autor projektu, z czym koresponduje art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego stwierdzając, iż do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robot budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. W powołanym przepisie zatem ustawodawca określił zakres zadań (czynności) wykonywanych przez projektanta – autora projektu w ramach nadzoru autorskiego. Komentowany przepis ustanawia obowiązek projektanta – autora projektu do wykonywania nadzoru autorskiego w zakresie merytorycznym opisanym w tym przepisie. Uchylenie się od tego obowiązku skutkuje odpowiedzialnością zawodową na podstawie art. 95 pkt 5 prawa budowlanego. W konsekwencji zatem na podstawie dyspozycji art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego inwestor (zamawiający) jest zobligowany wystąpić imiennie do autora projektu budowlanego o podjęcie nadzoru autorskiego (niezależnie od tego, czy pozostaje on pracownikiem wykonawcy, czy nie).*

Zważywszy powyższe Izba podziela poglądy doktryny, że nadzór autorski w rozumieniu prawa budowlanego (art. 20 ust. 1 pkt 4) pełni projektant będący autorem projektu.

*Natomiast w sytuacji, gdy nadzór nad pracami sprawuje inna osoba, wówczas mamy do czynienia z nadzorem nad wykonywanymi robotami budowlanymi, niemającym charakteru nadzoru autorskiego. Rozróżnia się zatem nadzór autorski sensu stricte sprawowany przez projektanta będącego autorem projektu oraz „nadzór prac” polegający na tych samych czynnościach, co nadzór autorski, ale sprawowany przez innego projektanta (tak też prof. zw. dr hab. Zygmunt Niewiadomski, Tomasz Asman, Jędrzej Dessoulavy – Śliwiński, Elżbieta Janiszewska – Kuropatwa, Alicja Plucińska – Filipowicz, Prawo budowlane. Komentarz, C.H. Beck, wyd. 3)”.*

Izba w rozpatrywanych okolicznościach nie mogła stwierdzić, czy zarzucane zamawiającemu pominięcie w opisie przedmiotu zamówienia na prace projektowe usługi nadzoru autorskiego stanowiło celowe działanie zamawiającego, któremu można przypisać znamiona próby obejścia przepisów ustawy, tj. celowe, i zależne jedynie od jego woli stworzenie sytuacji, w której zaistniała przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy pzp. W zakresie udzielenie zamówienia na wykonywanie nadzoru autorskiego w trybie z wolnej ręki. Należy także zauważyć, że w powołanym przez organ kontroli wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 15 grudnia 2011 r. sygn. akt X Ga 509/11 Sąd nie użył tak stanowczego stwierdzenia: „że w pełni dopuszczalne i zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym jest udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie przetargu nieograniczonego w sytuacji, gdy zamawiający posiadał autorskie prawa majątkowe do utworu oraz prawo do wykonywania utworów zależnych.” Spór w tej sprawie wszczęty odwołaniem autorów projektu dotyczył przede wszystkim opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu. Znaczące jest przy tym, iż w uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy zauważył „problem celowości, sensu i zasadności ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na sprawowanie nadzoru autorskiego nad wykonanym już wcześniej przez konkretne osoby projektem w kontekście niezbywalności autorskich praw osobistych do utworu w rozumieniu art. 16 punkt 5 prawa autorskiego i pokrewnych oraz możliwości powstawania sporów odszkodowawczych i i innych na tym tle.”

Ponadto, odnosząc się do interpretacji art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego, powołanej przez Prezesa UZP poprzez wskazanie wyroku KIO 1103/11 z dnia 7 czerwca 2011 r. skład opiniujący uznaje stanowisko kontrolującego za nieuprawnione.

Art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego stanowi, że Inwestor jest obowiązany bezzwłocznie zawiadomić właściwy organ o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski, podając, od kiedy nastąpiła zmiana.

W ocenie Izby wywodzenie, z powołanego przepisu, że ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami

prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów należy uznać za błędne. Izba stoi na przedstawionym i uzasadnionym wcześniej stanowisku, iż nadzór autorski, co wynika z samej jego istoty, może sprawować jedynie autor projektu. Dodatkowo Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu może odnosić się do sytuacji, w której określony projekt został wykonany przez kilka podmiotów, którym przysługuje wówczas status współautorów projektu, a następnie tylko jeden z nich sprawował nadzór autorski nad jego wykonaniem. W przypadku zmian w tym zakresie zastosowanie właśnie znajduje przepis art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego, a także ewentualnie w przypadku kolejnych etapów realizacji inwestycji, rodzajów prac etc. Natomiast, gdy czynności nadzoru wykonywane są przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów, wówczas nie mamy już do czynienia z wykonywaniem czynności nadzoru autorskiego.

W związku z powyższym, w tym zakresie, w ocenie Izby nie ma możliwości przypisania zamawiającemu naruszenia wskazanych przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp wyraziła opinię, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....